

Dr. Volker Heeg, Rechtsanwalt und Steuerberater, Hamburg\*

## **UG – geeignetes Vehikel für erlaubnisfreie Beschäftigung ausländischer Spezialisten**

Nach geltender Rechtslage kann ein Aufenthaltstitel, der einem Nicht-EU Ausländer die Ausübung einer Beschäftigung erlaubt, nur mit Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit erteilt werden. Ausnahmen hiervon regelt die Beschäftigungsverordnung. Die Regierungsparteien sind dem Vernehmen nach derzeit bestrebt, die Voraussetzungen für den erleichterten Zuzug ausländischer Spezialisten zu schaffen. Die als schwerfällig empfundene „Vorangprüfung“ der Arbeitsagenturen soll künftig für bestimmte Berufsgruppen – nach dem Willen der FDP sogar ohne Beschränkung hierauf – entfallen.

### **Ausgangspunkt: Unzulänglichkeit der „green card“-Regelung**

Die jetzige Diskussion dreht sich um die Erweiterung der ehemaligen „green card“-Regelung, jetzt § 19 AufenthG i.V.m. § 3 BeschV. Danach kann einem hochqualifizierten Ausländer ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden. Außerhalb von Forschung und Lehre setzt dies die Begründung eines Anstellungsverhältnisses und weit überdurchschnittliche Entlohnung des ausländischen Spezialisten (mindestens in Höhe der Beitragsbemessungsgrenze) voraus. In vielen Konstellationen mag dies nicht in den Möglichkeiten eines mittelständischen Unternehmens stehen. Zudem wird der fällige Solidarbeitrag zum deutschen Sozialversicherungssystem mitunter als „verlorener Zuschuss“ betrachtet. Bilaterale Sozialversicherungsabkommen über Zusammenrechnungs- und Erstattungsmöglichkeiten bestehen nur mit einigen Staaten.

### **Gesellschaftsrecht eröffnet Gestaltungsmöglichkeiten**

Zu den zustimmungsfrei erteilten Aufenthaltstiteln gehört der für Führungskräfte nach § 4 BeschV, darunter Geschäftsführer von juristischen Personen. Wenn der ausländische Spezialist eine deutsche Kapitalgesellschaft leitet, kann statt seiner Beschäftigung als Arbeitnehmer die Beauftragung dieser Kapitalgesellschaft in Betracht kommen. Für den Geschäftsführer etwa einer UG kann dann ohne Vorrangprüfung der Bundesanstalt für Arbeit ein Aufenthaltstitel beantragt werden. Auch unter den Gesichtspunkten Risikotrennung und Risikoabschirmung, der Einrichtung projektbezogener Buchhaltungskreise, der Strukturierung und der höheren Flexibilität kann die Beauftragung einer UG im Einzelfall einem Anstellungsverhältnis vorzuziehen sein.

Dies kann durchaus erwünschte Nebenwirkungen haben: Wenn keine weisungsgebundene Beschäftigung i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV vorliegt, besteht keine Sozialversicherungspflicht des Geschäftsführers. Die UG sollte dafür dem ausländischen Spezialisten als alleinigem oder Mehrheitsgesellschafter gehören. Sozialversicherungsrechtlich wäre allerdings daneben dafür Sorge zu tragen, dass die UG noch im nennenswerten Umfang über weitere Auftraggeber verfügt; denn es besteht Rentenversicherungspflicht auch eines Gesellschafter-Geschäftsführers, wenn die Gesellschaft auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig ist (§ 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI).

### **Steuerrechtliche Aspekte**

Steuerliche Einkünfte kann der ausländische Spezialist als Gesellschafter-Geschäftsführer insbesondere als Geschäftsführervergütung und Dividenden aus Gewinnausschüttungen der UG beziehen. Das Problem einer möglichen Doppelbesteuerung (bzw. die Möglichkeit, eine deutsche Besteuerung zu vermeiden) stellt sich dann, wenn der ausländische Spezialist nicht bereits aufgrund des jeweils anwendbaren DBA als in Deutschland ansässig gilt.

Die Geschäftsführervergütung gilt abkommensrechtlich als Vergütung

aus unselbständiger Arbeit, sofern im einschlägigen DBA keine Sonderregelungen über Geschäftsführervergütungen enthalten sind (BMF v. 14.9.2006 – IV B 6 - S 1300 - 367/06, BStBl. I 2006, 532). Das Besteuerungsrecht hieran liegt beim deutschen Fiskus, wenn das 183-Tage-Kriterium, ein inländischer wirtschaftlicher Arbeitgeber oder eine inländische Betriebsstätte gegeben ist. Für die Gewinnausschüttungen hat Deutschland als Quellenstaat ein Besteuerungsrecht, das abkommensrechtlich der Höhe nach begrenzt ist.

### **Gesellschaftsrechtliche Optimierung im Einzelfall**

Ein Quellenbesteuerungsrecht besteht allerdings nicht, wenn die (in Deutschland eingetragene) UG ihre Geschäftsleitung nicht im Inland hat. Eine UG mit Handelsregistereintragung (Satzungssitz) in Deutschland kann nach der Änderung von § 4a GmbHG durch das MoMiG ihren Ort der Geschäftsleitung (Verwaltungssitz) auch in Nicht-EU-Staaten nehmen, zumindest wenn diese der Gründungstheorie folgen. Ort der Geschäftsleitung ist der Ort, an dem die geschäftsleitenden Anordnungen gegeben werden (§ 10 AO). Wenn diese Anordnungen etwa nachweisbar durch einen weiteren – kaufmännischen – Geschäftsführer im ausländischen „home-office“ des Spezialisten getroffen werden, wäre die UG steuerlich nicht in Deutschland ansässig. Das Thema „doppelte Ansässigkeit“ bedarf sorgfältiger Prüfung im Einzelfall unter Würdigung der Besonderheiten des jeweils anwendbaren DBA.

Aufenthaltsrechtlich und sozialversicherungsrechtlich würden im Wesentlichen die gleichen Erwägungen für den Geschäftsführer der Komplementär-UG einer UG & Co. KG gelten. Steuerlich ist zu beachten, dass Personengesellschaften aus deutscher Perspektive nicht abkommensberechtig sind. Jeder Mitunternehmer betreibt durch seine Beteiligung an einer Personengesellschaft ein eigenständiges Unternehmen. Deutschland hat das Besteuerungsrecht an den Gewinnen einer deutschen Betriebsstätte. Allein auf-

grund des Bestehens einer gewerblich tätigen oder gewerblich geprägten Personengesellschaft ist aber nicht zugleich von einer Betriebsstätte auszugehen, der Gewinne zugerechnet werden können (Anwendungsschreiben des BMF v. 16.4.2010 – IV B 2 - S 1300/09/10003 – DOK 2009/0716905, BStBl. I 2010, 354). Danach wäre im Einzelfall aufgrund des jeweils einschlägigen Betriebsstätten-Artikels des DBA zu prüfen, ob eine solche in Deutschland vorliegt.

### **Fazit**

Als Fazit kann festgehalten werden, dass bereits derzeit Gestaltungsspielraum für den Einsatz ausländischer Spezialisten im Inland besteht. Der Gesetzgeber sollte dennoch – und gerade mit Blick auf die deutschen Sozialversicherungssysteme – die gesetzlichen Möglichkeiten für die zustimmungsfreie Beschäftigung von Ausländern erweitern.

\* Weinert Levermann Heeg.